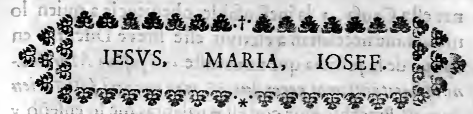
33 28






# IN PROCESSV ILLVSTRISSIMI, ET REVERENDISSIMI D. D. FRATRIS FRANCISCI DE GAMBOA, ARCHIEPISCOPI CÆSARAVGVSTANI.

*POR LOS EXCELENTISSIMOS Señores Conde de Aranda, y Marqueses de Zerralbo.*

## EN LA REVOCACION.

EN este punto se ha escrito tan docta, y dilatadamente, que es poco lo que se puede añadir, *& post terga metenti vana specilegia supersunt*, como dezia Alciato *in lege Silva Cadua, verbo Stipulatio, ff. de verb. obligat.* Se apartó de esta firma el S.r Arzobispo y obtubo otras con posesion Inmemorial

Sin embargo la obligacion que tengo de patroci-



nar

nar esta Causa, y la inescusable obediencia a quien lo manda, me necessitan a escrivir este breve Discurso en apoyo de la justicia que nos assiste. *Nā sapius Marchioni efflagitanti, mos gerendus, & meo muneri satisfaciendum est.* Precepto, que con estas palabras me lo enseñò, y dexò escrito el señor Fiscal Don Luis de Casanate mi Tio, *in doctissimo responso pro Marchione de Aytona in causa de Vallobar num. 2.*

El Decreto desta Firma inhibe: *Que de fecho, ni de otra manera indevida, no impidan, ni estorven, impedir, ni estorvar hagan, ni manden al señor Arçobispo Firmante el vsar, y gozar por si, y mediantes sus Vicarios Generales, y Oficiales, y Ministros, el drecho, vso, gozo, y possession pacifica en que ha estado, y està de todas, y cada vnas cosas deducidas en el Articulo quinto de esta Firma.* Y poco despues especialmente sobre el caso del pleyto prosigue, *INHIBIENDO: No se impida la execucion, y cumplimiento de las Fundaciones, Legados, y Obras Pias, dispuestas por la Alma del Señor Don Antonio Ximenez de Vrrea difunto, de que se haze mencion en los Articulos octavo, y onze: Ni el percebir, y llevar el derecho de Visita, que segun la possession, y costumbre del presente Arçobispado de Zaragoça, toca a dicho Señor Arçobispo Firmante, por la execucion de dichos Legados, Fundaciones, y Obras Pias, para hazer, y cumplir con dicho Derecho de Visita lo contenido en dicha disposicion, de las quales dichas Fundaciones, Legados, y Obras Pias se haze mencion, y expressan en dichas disposiciones: Ni el valerse, ni ayudarse para ello de los devidos remedios de justicia.*

Las disposiciones de que se haze mencion en los Articulos octavo, y onze son: Vna que hizo el Señor Arçobis-


çobis-

çobispo Don Fray Iuan Cebrian el año de 1654. Otra hecha por el Illustrissimo Señor Arçobispo Firmante a 18. de Abril de 1667. exhibida en Processo.

La possession que se ha probado, solo es de treinta años, y en casos arto distantes del nuestro; assi en la cantidad de lo dispuesto, como en las demas circunstancias. Con estos meritos se proveyò la Firma, y procede (al parecer) llanamente la revocacion, vt patefiet, con la prueba de las tres Proposiciones siguientes, a cuya averiguacion ceñirèmos este breve discurso; Por ser lo que vnicamente dudò el Consejo en las informaciones.

Primera: Proposicion es assentada, que la vniversal succession de los bienes de los que mueren sin testamento, segun Drecho, Fuero, y observancias de nuestro Reino, se defiere in integrum a los Hijos, y Parientes mas cercanos, vndè bona descendunt, respectivamente. *For. vnico de rebus vinculatis, fol.* 127 *prope finem.* ibi: *Quod si forte Pater, vel Mater non vinculaset, & decederet filius, vel filia intestatus, devolbantur bona propinquioribus descendentibus, ex parte illa vnde descendunt bona.*

Esto mismo lo confirmò despues el Fuero; *Cum secundum Forum primo tit. de successoribus ab intestato fol.* 128. El qual haze mencion del Fuero antecedente, y en su confirmacion establece lo mismo.

Y la observancia, *item si frater 6. tit. de Testamentis*; lo dixo con expression en el caso que concurren a la succession intestada, frater superstes, & filius fratris defuncti: ibi *Ambo succedunt Patri fratris, avoque nepotis pro æqualibus partibus.*

No solo procede esta regla en los bienes que son de

la familia paterna,ò materna, ſino tambien con la miſma igualdad en los adquiridos propria induſtria, como lo previno la Obſervancia 7.prædicto tit. de teſtamentis,his verbis: *ITEM in bonis acquiſitis ex propria induſtria, vel aliàs qualitercumque, aliunde quam ex Patre, vel Matre, aut conſanguinitate eorum, aut alicuius eorum, ſuccedunt ab inteſtando æqualiter per ſtirpes, Parentes, aut conſanguinei ex parte Patris, & Matris propinquiores, licèt conſaguinei, ex parte Patris ſint in gradu propiquiores defuncto, quam conſaguinei, ex parte Matris, vel, è contra.* Y aſsi parece, que ſegun lo expreſſo, y literal de eſtas diſpoſiciones Forales, ſuceden los hijos, y parientes mas cercanos, en todos los bienes del difunto, ſin limitacion alguna.

Ni es de encuentro la replica, que ſe nos hizo en la Informacion, diziendo: Que los ſobredichos Fueros, y Obſervancias, aunque defieren la ſuccesſion inteſtada a los deudos mas proximos, vt ſupra relatum eſt, pero que no vſan de la palabra *TODOS*; Y que aſsi parece que alguna parte dellos podrá aplicarſe vel deiure, vel ſecundum poſſeſsionem præſcriptam, para otros fines, y coſas pias, ſin oponerſe a la diſpoſicion literal de dichos Fueros.

Porque ſe reſponde, que la diccion vniverſal de la palabra *BONA*, de que vſaron nueſtros Fueros, clara, y literalmente comprehende todos los que dexò en ſu herencia inteſtada el difunto; Y diziendo: *Devolbantur bona propinquioribus*, ſe contravendrà a la expreſſa, y general diſpoſicion, detrayendo a los ſucceſſores inteſtados qualquiere parte de la herencia, que ſin limitacion alguna les confiriò la Ley.

Y en eſte ſentido explican conformemente los ſobre-

bredichos Fueros,nuestros Practicos: Añinon *en el tratado que hizo de successionibus ab inteftato, cap.1. per totum,* Molino *verb. Succesio in principio, fol.*308. Portholes *ibidem, num.*1. *D.R.*Sesse *decissione* 52. *à numer.* 48. *& decis.* 62. *per totam.*

Califica esta conclusion, sin dexar duda en la materia lo que advierte la observancia. *ITEM donatio* 7. *tit. de donationibus,* en donde propone, si la palabra *donatio* in genere. Comprehende todas las donaciones, assi inter vivos, como las que se hazen causa mortis, y decide por constante, que si: *Intelligitur* (ait) *de omni donatione, sive inter vivos, sive aliàs facta fuerit, cum Forus non distinguat*: Luego no distinguiendo los Fueros citados, los bienes de la herencia inteftada; tampoco hemos de distinguir nosotros, præsertim, siendo conclusion evidentissima en Drecho, y Fuero, que en la vniversal herencia; omnia bona defuncti comprehenduntur.

Demas, que quando fueran palabras indefinidas las dispositivas de nuestros Fueros, (que no lo son como se verà) no podian dexar de entenderse de todos los bienes, porq̃ con las circunstancias de ser disposicion legal, y concurrir la misma razon, adhuc in viam iuris, la indefinita obra lo que la vniversal, *leg. Si servitus* 22. *ff. de servitutibus vrbanorum, leg. Cæsar, ff. de publicanis, cap. solita de maioritate, & obedientia,* Mascardus *conclus.* 1181. *à num.* 38. *Suelves cum innumeris consil.* 19. *num.*1. *semicent.*1. *& cons.*18. *num.*25. *semicent.*2. hablando formiter de nuestro caso, *Carrasco ad legem* 6. *tit.*12. *lib.*1. *recopilationis à num.*10. sæpius in hac causa allegatus.

En Aragon es mas constante, que la indefinita tiene fuer-

fuerça de vniversal, ex statuto de stando chartæ, & iudicando secundum eam; por el qual tenemos regla cierta, quod indefinitus sermo accipiendus est in omni sua virtute, quatenus æquipollet vniversali, *Observantia Item si tres tit. de probationibus faciẽdis cum charta, D. R. Sesse decis. 64. num. 44.* Y procede lo mismo, etiam si casus qui sub generali significatione comprehendẽdus veniat, sit contra Ius, ex late tradditis à Portoles, *verb. Forus num. 53. & 54.* Luego procede con mayor razon lo que vamos fundando, siendo nuestras disposiciones forales sobre este punto, conformes con el drecho comun.

20 Infierese de aqui, que aunque estuviessemos en terminos desnudos de indefinita, teniamos intento; pero nuestro caso es mas claro, pues el drecho ha definido que esta palabra, *Bona*, relativa, por la Ley a la vniversal herencia del difunto, no hallandose limitada, comprehende por su propria naturaleza *Todos* los bienes, ex generali regula, *in cap. Rodulphus, & ibi Abbas num. 3. de testamentis, Cagnolus in rubrica, ff. si certum petatur,* y segun nuestros Fueros, se han de tomar las palabras generales absolutamente segun lo que significan, sin restriccion, ni extension; y repugna mas a su naturaleza la restriccion, que la extension, porque esta es præter chartam; y asi deve tenerse presente lo que dixo el señor Sesse *de inhibitionibus cap. 5. §. 9. num.* 21. sacandola consequencia de lo que queda fundado, his verbis: *Vnde nihil magis contrarium charta generali, & comprehensiva multorum cassuum, quam restringere eam ad aliquem tantum cassum contra verba ipsa:* Luego querer limitar la palabra absoluta, y general, *Bona* al remanente, solo de los pocos que quedaràn si se huviesse de executar

cutar lo contenido en la disposicion del señor Arçobispo, seria restriccion, y violencia intolerable de la letra, dexando casi exhausta la Vniversal herencia intestada, que confiriò la Ley a los parientes mas cercanos del difunto.

Esto mismo lo tiene V. S. puntualmente decidido, y canonizado en el pleyto de la Varonia del Castellar cõ sus agregados, que defendi, y obtuve por el Conde del Villar en esta Ilustrisima Corte, pues aviendo dicho Doña Esperança de Gurrea en la Fundacion del Mayorazgo que hizo: *Quiero que sucedan mis hijos varones arriba nombrados, y sus descendientes varones*, sin embargo de que no dixo *Todos*; Y del fundamento que la otra parte hizo en sus escritos, le desestimò el Consejo, teniendo por constante, que el llamamiento con las palabras, *sus descendientes varones*; los comprehendia a todos, vsque in infinitum, como lo advierte el motivo, ibi: *Secundò dicta verba, sus descendientes varones EX SVA NATVRA, omnes comprehendunt*: Luego el Fuero que dà a los parientes mas cercanos del difunto, intestado la vniversal herencia, y sus bienes, los comprehende todos sin limitacion.

Estas nuestras disposiciones Forales, en quanto confieren todos los bienes del difunto, concuerdan con la Ley de las 12. tablas, Media jurisprudencia, y Drecho de el Codigo, *§. Intestatorum de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, *super quo videndus* Antonius Pichardo, *&* *in rubrica adeundem titulum num.* 49. *y en el* 52. y siguientes, refiere las disposiciones civiles, Pontificias, y Municipales, que conformemente establecen lo mismo.

Y mas en particular tenemos Bula, y Motu propio

para el caſo preſente de la Santidad de Leon X. concedido a inſtancia del Sereniſsimo ſeñor Emperador Carlos Quinto, y ſuplicas del Reyno, el primero de Deziembre del año 1520. cometiendo ſu execucion a los Arçobiſpos de Tarragona, y Zaragoça; y diſponiendo entre otras coſas, que los Miniſtros de la Cruzada no lleven el *Quinto*, ni otro drecho alguno de las herencias inteſtadas, ſino que enteramente ſe confieran a los ſucceſſores q̃ llamò la Ley. *Y q̃ no les quede poder para pedir cuentas de tales bienes a los Oficiales de Pias Cauſas.* De manera que quedaron inhibidos en primer lugar los Comiſſarios de Cruzada, y deſpues los Oficiales de Pias Cauſas. Eſta ſegunda parte es deciſsiva en terminos de nueſtro caſo. El Breve ſe halla en el Archivo de la Diputacion; de cuyo original ſe ha ſacado la copia, que ſe leyò en Cõſejo: Haze memoria dèl nueſtro Coroniſta Don Franciſco Diego de Sayas en el octavo tomo de los Anales deſte Reyno, *fol.* 22.y 23.

La funeraria preciſſa, ad ſepeliendum cadaver, & ad id quod ante humatum corpus expenditur, vti neceſſarium, es primero, que la ſucceſsiõ, ni los herederos, y ſe antepone a los creditos. *Leg. Impenſa Funeris* 45. *ff. de Religioſis, & ſumptibus funerum, Garcia de expenſis c.* 8. *nu.* 18. Y en el Reyno procede lo miſmo Obſervancia *Item expenſæ* 6. *tit. de ſecundis nuptijs, Molino verbo Expenſæ. verſ. Expenſa ſepulturæ fol.* 135. *col.* 3. *Petrus Molino in Praxi iudiciaria, in proceſſu ſuper diviſsione bonorum.* Pero eſta funeraria no puede comprehender mas que lo preciſſo del entierro, y funciones de aquel dia, ſegũ la calidad, y haziẽda del difunto, *Leg. Funeris ſumptus, ff. de Religioſis, & ſumptibus funerum, Garcia vbi ſupra num.* 28. *Carpio de executoribus lib.* 3. *cap.* 12.

*num.*

*num.*25. Demanera, que lo que se gasta por el Alma del difunto despues del dia de su entierro , aunque sea en celebracion de Missas, y Obras pias, no se comprende en el funeral Carrasco, *ad dict. Legem 6. tit. 12. recopilationis cap. 7. num.* 38. ibi: *Itaque illud, quod pro Anima expenditur extra funus, non comprehenditur sub funeris impensa.* Y assi lo declarò la Real Audiencia, quando muriò el Marques de Almonazil: Y siguiendo este exẽplar entendiò lo mismo V.S. Ilustrisima (me advocato) en las disputas que se ofrecieron por la muerte del Duque de Villa-Hermosa el señor Don Fernando de Aragon. De q̃ se concluye, que menos lo necessario para el funeral, todos los demas bienes, y herencia del difunto intestado , pertenece a los Successores legitimos.

*Proposicion segunda*: Que la disposicion hecha por el señor Arçobispo , en cuyo apoyo se concediò esta Firma, tiene vehemente resistencia de drecho.

En prueba desto se ha de suponer, como distinguen los Doctores la Presunciõ leve, de la Vehemẽte: Leve es: *Quæ tantũ suspitionem parit*, Menochius *de præsumptionibus lib. 6. præsumpt.* 94. *num.* 18. ò como dixo Baldo *in rubica, Cod. de probationibus num.* 14 *Inclinatio boni viri ad eligendum alterum extremorum , ab intellectu provenies ex coniectura nobili.*

Vehemente, se difine, quæ operatur plenam credulitatem, *ita Menochio vbi supra*, ò segun *Baldo, loco proximè citato*, *Præsumptio vehemens, est applicatio animi vehemens boni viri ad valde verosimile , cap. vltim. de successionibus ab intestato.*

Trata latamente la materia el *señor Reg. Sesse de inhibitionibus, cap.* 5. teniendo por resistencia vehemente,

quan-

quando vn Obispo pretende en agena Diocesi ser mantenido en el drecho de percibir dezimas. *Quando quis agit de his rebus, quæ iure communi ad solum Principem spectant, veluti de regalijs.* Quando en Aragon (que segun Fuero està prohibida la enquesta) *prætenderet quis se habere ius inquirendi*; en estos, y otros casos semejantes, dize, que la resistencia es vehemente. Que el nuestro sea desta calidad, parece llano, suponiẽdo, que los Fueros, y observancias confirieron todos los bienes de la vniversal herencia del Excelentissimo Don Antonio Ximenez de Vrrea, que muriò intestado, a los Señores Cõde de Aranda, y Marqueses de Cerralbo, como parientes mas cercanos del difunto, aviendose declarado por sentencia difinitiva passada en cosa juzgada, que dicho Conde Don Antonio muriò sin Testamento.

Y assi la definicion de Baldo se aplica muy a nuestro intento; pues nada puede convencer tanto vn a presuncion, *cum plena credulitate*, como la assistencia, y letra precissa de los Fueros, que dan todos los bienes del difunto intestado a los parientes mas cercanos. Y assi los que no lo son, tienen resistencia vehementissima para disponer de ellos, no solo por el precepto legal afirmativo, que confiere toda la herencia al Successor legitimo: Sino tambien por la regla juridica, q̃ solo permite la facultad de testar a los q̃ la tienẽ como dueños por la Ley de las doze tablas, *vti quisque legassit suæ rei, ita ius, esto* quedãdo excluidos todos los demas: *l. illa institutio. 32. ff. de hæred. instit. l. 1. ff. Qui testamenta facere possint*. Muy al caso *Paponio lib. 2. tit. 8. de sepulturis, arresto 1.* Y el Fuero vnico, *tit. Forma para testificar*, dispuso que el Testamento en que falta la firma del Testador (como fal-

faltò en el que se pretendia aver hecho el Conde Don Antonio) *sea insolemne, nulo, y de ninguna eficacia, y valor*; lo qual se frustraria si la disposicion del Señor Arçobispo subsistiesse, valiendolo casi todo lo escrito en dicho nulo testamento, contra regulam, *Fori vnici, tit. Quod in factis insurarum*, y adhuc, *in viam iuris*, todos los legados pios del Testamento nullo, corrunt, y no se les puede apremiar a que los cumplã a los herederos ab intestato, *pulchrè* Escobar *de vtroque Foro, articulo 2. num. 17. & sequentibus pracipue num. 204. & 206.*

Los exemplos de vehemente, resistencia que trae el señor Sesse, loco proximè allegato, son todos semejantes a nuestro caso; especialmente el de que vn Obispo no puede ser mantenido en las dezimas de agena Dioccsi, pues no es incapaz, y mayor la prohibicion expressa que tiene por todos derechos, y especiales Fueros el señor Arçobispo, para no introducirse en esta herencia, y bienes a perjuizio de los herederos legitimos a quienes confiriò la ley el dominio.

Son decisivas deste punto en terminos las doctrinas siguientes, Postio *de manutentionibus*, en la *Observacion 44.* trata difusamente la materia, y resuelve, que qualquiere possession contra el precepto afirmativo de la ley, tiene vehemente resistencia de derecho, *ad manutentionem*, sic ait, *num. 2. vt aliquid dicatur CONTRA IVS, sufficit contra legem scriptam, sive illius rationem expressam, vel desumptam ex mente.*

La Rota *apud Seraphinum* en la *decis. 802.* desde el *num. 2.* comprueba admirablemente el assunto.

Marescoto en las varias, *lib. 1. cap. 11.* asienta, que la asistencia, y resistencia son correlativos, y que siempre

que

que la ley asistiere a vno con su decreto afirmativo, aunque non vltra progrediatur, prohibiendo al otro, *ex vi istius assistentiæ*, se dirà resistir vehementemente al otro, porque, *eo ipso quod verba legis diriguntur in personam alicuius, necessario alteri, cui verba non diriguntur, resistere dicetur*, trae el exemplo Marescoto vbi supra *num.29. Veluti quando res ad aliam spectat ex iuris dispositione*, porque el drecho, ò facultad que se atribuye a cierta persona, no le podrà vsar otro alguno a quien no se le concediere la ley expressamente: Y assi el que se fundare en disposicion clara de drecho, ò Fuero (provt in præsentiarum evenit) podrà dezir, que qualquiere otro tiene contra si resistencia vehemente de drecho, porque essa presuncion clara, que le resulta de vna ley expressa, es la que la Rota equipara con la resistencia vehemente del que tiene contra si el drecho comun, apud Seraphinum *dicta decis.202.num.2.*

Loterio *in tractatu de re Beneficiaria, lib.2. q.45. nu.19.* tocò esta question, y advirtiò, *aliud esse quod ius resistat, & longè aliud quod ius non assistat*; y que se entenderà resistir el drecho con vehemencia, *quando actus expresse improbatur à lege, vel à ratione in ipsa, lege expressa quæ ipsi legi æquiparatur, & dicitur ex-pressa, etiam si desumpta sit ex mente ipsius legis.* Y tambien dize, que quando la ley concede a vno vn drecho: necessariamente se deduce la prohibicion de poder vsar otro alguno desse mismo drecho, *ex tex. in cap. ad decimas, el 2. de restitutione spoliatorum in 6. cap. vltimo de Parrocho, & aliena Parrochia*: Luego siendo assi, que nuestros Fueros dan todos los bienes de la herencia intestada a los parientes mas proximos, tiene resistencia vehemente el señor Arçobispo, para

qui-

quitarles tanta parte alguna dellos, y mas tanta, como contiene la disposicion.

Proposicion tercera, que para obtener Decreto possessorio, el que tiene contra si vehemente presuncion de drecho, ha menester necessariamente probar la possessión inmemorial.

Esta maxima es sin contradictor, *per tex. & glos. in cap.1.de præscriptionibus in 6. cap. personæ, §.vltimo de privilegijs eodem lib.6. Præses* Covarrubias *practicarum cap.27.vers.Verum opiniones,* Balboa *de præscriptionibus 2.parte, quæst.6.* Matescotus *variar. lib.1. cap.11. num. 31.* Menochio *de retinenda possessione, remedio vltimo, num. 24.* La razon es, porque la possessión a que el drecho resiste con vehemencia, se presume injusta; y asi no aprovecha a quien la ocupa, menos que siendo inmemorial, Iasson *in leg.si prius num. 46. de novi operis nuntiatione,* Seraphinus *decis. 463. num. 2.* Gratiano *disceptat. 870. num. 15. latissimè* Posthio *de manutentione, Observant.44.à num.14.*

Y hablando puutualmente de firmas possessorias, como lo es esta, de que aora tratamos, asientan lo mismo nuestros Practicos, Michael del Molino, *verb. Firma, tit.de firmantibus cōtra iura regalia, fol.*153. Portholes *verb.Firma, num.63.& seq.præsertim, num.129. & verb.Possessio, num.19.& 39.* D. R. Sesse *in Anazaphalensi à num.8.& de inhibitionib.cap.6.§.1.nu.81. & §.2.num.10.*

Con estas tres proposiciones que se han fundado, se haze el silogismo siguiente, que ( al parecer) convence la revocacion.

El drecho comun, los Fueros, y Observancias deste Reyno confieren absolutamente, sin limitacion, todos

los

los bienes libres del señor Conde Don Antonio a sus parientes mas cercanos, que son los señores Conde de Aranda, y Marqueses de Cerralbo mi parte.

El señor Arçobispo tiene resistencia vehemente de drecho, para quitar por su disposicion dichos bienes, ni parte dellos a los successores legitimos; Y para purgar dicha resistencia, y obtener Decreto possessorio, necessita de possession inmemorial.

La que ha probado en esta Firma, no es mas que de 30. años, con casos harto distantes del nuestro, y sin averse disputado en contradictorio juizio: Luego està en caso claro de revocacion, pues se proveyò sin prueba de costumbre inmemorial, como era necessario. Et ita pronuntiandum Fore arbitramur, S.G.S.C. Zaragoça, y Octubre 19. de 1669.

D. Iosef Esmir,
y Casanate.